

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/106113>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

# De constitutionele toetsing door de Raad van State<sup>\*</sup>

*B.P. Vermeulen & H.J.Th.M. van Roosmalen*

## 1. Inleiding

Artikel 73 lid 1 Grondwet (Gw) bepaalt dat de Raad van State of een afdeling van de Raad wordt gehoord over voorstellen van wet en ontwerpen van algemene maatregelen van bestuur, alsmede over voorstellen tot goedkeuring van verdragen door de Staten-Generaal. In bij de wet te bepalen gevallen kan het horen achterwege blijven.<sup>1</sup> De wet regelt de inrichting en bevoegdheid van de Raad van State.<sup>2</sup> Sinds 1 september 2010<sup>3</sup> heeft de Raad van State een aparte Afdeling advisering (hierna ook: de Afdeling) waaraan de advisering over wetsvoorstellen en ontwerpen van algemene maatregelen van bestuur is opgedragen. Deze Afdeling wordt door de regering gehoord inzake de wetsvoorstellen aan de Staten-Generaal te doen, over de ontwerpen van algemene maatregelen van bestuur en over de voorstellen tot goedkeuring van en voornemens tot opzegging van een verdrag.<sup>4</sup> Ook wordt de Afdeling over initiatiefwetsvoorstellen gehoord.<sup>5</sup> Daarnaast hoort de regering de Afdeling in de gevallen waarin een (andere) wet dit voorschrijft en over alle aangelegenheden waaromtrent de regering dat nodig oordeelt.<sup>6</sup> Verder dient zij op verzoek van de regering of van een van de beide Kamers der Staten-Generaal voor voorlichting in aangelegenheden van wetgeving en bestuur.<sup>7</sup> Ten slotte kan de Afdeling de regering adviseren indien zij dit zelf nodig acht.<sup>8</sup> Aldus vormt de Afdeling een prominente schakel in het wetgevingsproces. Niettemin is haar positie begrensd, in de zin dat zij slechts adviseert. De aanvrager is in het geval van voorstellen van wet, ontwerpen van algemene maatregelen van bestuur en goedkeuring van verdragen – de zogenoemde verplichte advisering – weliswaar gebonden aan de grondwettelijke verplichting de Afdeling om advies te vragen, maar die adviezen binden de regering en de beide Kamers uit de aard der zaak niet. Elk van hen kan besluiten het advies niet ter harte te nemen. Dat geldt

\* Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel.

1 Art. 19 Wet RvS.

2 Art. 75 lid 1 Gw.

3 Wet van 22 april 2010, *Stb.* 2010, 175.

4 Art. 17 lid 1 Wet RvS.

5 Art. 18 lid 1 en 2 Wet RvS.

6 Art. 17 lid 2 Wet RvS. Te denken valt aan ingrijpende nota's van wijziging en amendementen.

7 Art. 21a Wet RvS.

8 Art. 21 Wet RvS.

niet alleen voor zover het advies beleidsanalytische kritiek bevat,<sup>9</sup> maar ook voor minder door beleidsmatige uitgangspunten bepaalde juridische en zuiver wetstechnische kanttekeningen, zelfs als het de verenigbaarheid met de Grondwet en het internationale recht betreft.

Overigens zijn deze drie aspecten van de beoordeling door de Raad, en thans de Afdeling – juridisch, wetstechnisch en beleidsanalytisch<sup>10</sup> – weliswaar te onderscheiden, maar niet strikt te scheiden. Veelal zullen ze elkaar overlappen en met elkaar samenhangen.<sup>11</sup> Bijvoorbeeld waar een constitutioneel element aan de orde is – hetgeen meestal het geval zal zijn in het kader van de juridische beoordeling – geldt dat de invloedssferen van recht en beleid elkaar kunnen naderen en beïnvloeden. Het vraagstuk van de toelaatbaarheid van beperkingen van het genot van verschillende rechten uit het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) is illustratief: veelal zijn daarbij bepalend de uitkomst van een – ook beleidsanalytische – beoordeling van de legitimiteit van de beoogde doeleinden en van de noodzaak, effectiviteit en evenredigheid van de voorgestelde maatregelen met het oog op het bereiken van die doeleinden.<sup>12</sup>

Eerder wijdde *RegelMaat* een aflevering aan de wetgevingsadvisering door de Raad van State.<sup>13</sup> De Raad van State heeft de achterliggende jaren stappen gezet die beogen de toetsing aan constitutionele normen te versterken. In ieder geval getuigen de meest recente jaarverslagen van de Raad van de aandacht en zorg die daarvoor binnen de Afdeling aan de dag gelegd worden.<sup>14</sup> In deze bijdrage gaan wij hier nader op in. Aan de orde komt het begrip constitutionele toetsing zoals dat door de Afdeling gehanteerd wordt (par. 2). Vervolgens stippen we de redenen aan die ten grondslag liggen aan de inzet om de constitutionele toetsing binnen

9 De beleidsanalytische toets (zie bijlage 4 in de jaarverslagen 2003 en 2004) ziet op:

1. de probleembeschrijving (wat is het probleem, wat zijn het nut en de noodzaak om het op te lossen, is dat een taak voor de wetgever, wat is de beleidscontext, en wat zijn eerdere relevante ervaringen?);
2. de voorgestelde probleemaanpak (welke beleidstheorie ligt aan de voorgestelde regelgeving ten grondslag, wat is de verhouding van de doelen, zowel onderling als in verhouding tot de juridische en financiële middelen, wie zijn belast met de uitvoering en kunnen zij dat aan, en wat zijn de te verwachten lasten, effecten en (neven)effecten?); en
3. de voorgestelde uitvoering (is de regeling naleefbaar, uitvoerbaar en handhaafbaar, en welke problemen en lasten worden verwacht?).

10 De derde (de wetstechnische) toets laten wij hier verder buiten beschouwing.

11 Zie ook R.A.J. van Gestel & J.B.M. Vranken, *Kwaliteit van de beleidsanalytische wetgevingsadviezen van de Raad van State, getoetst aan de hand van ex post evaluaties. Een pilotstudie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 113-114. De auteurs noemen als (een) voorbeeld het advies van de Raad over het initiatiefwetsvoorstel-Halsema inzake invoering van een beperkte vorm van constitutionele toetsing (*Kamerstukken II* 2002/03, 28 331, A). Zij constateren dat daarin juridische en meer beleidsanalytische argumenten moeilijk te scheiden zijn, met name wijzend op de opmerkingen over wenselijkheid van gespreide toetsing versus een constitutioneel hof dat de rechtseenheid moet bewaken.

12 Zie in deze zin M. Oosting, 'De betrekkelijke betekenis van de beleidsanalytische toets', in: H.D. Tjeenk Willink e.a., *De Raad van State in perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 266-267.

13 *RegelMaat* 2005/afl. 2.

14 Zie par. 4 hierna.

de Raad en met name de Afdeling te versterken (par. 3) en schetsen we waartoe dit streven de afgelopen jaren zoal heeft geleid (par. 4). Afgesloten wordt met een verwachting ten aanzien van de constitutionele vragen die de komende tijd op het bord van – onder meer – de Afdeling zullen komen te liggen (par. 5).

## 2. Constitutionele toetsing

In het kader van haar advisering hanteert de Afdeling een ruim begrip van wat de constitutie is, en wat (haar) constitutionele toetsing inhoudt. Onder de constitutie verstaat zij niet alleen de constitutie in formele zin, normen zoals de klassieke en sociale grondrechten en de institutionele bepalingen vervat in de Grondwet, maar ook het ongeschreven staatsrecht en algemene staatsrechtelijke beginselen, alsmede het Statuut. Tevens schaaft zij daaronder de internationale normen voortvloeiend uit het EVRM en andere mensenrechtenverdragen en het constitutionele recht van de Europese Unie (in het bijzonder het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, hierna: het EU-Handvest). De constitutie is derhalve een samengesteld geheel van fundamentele normen die uit meerdere bronnen ontspringen, deels van nationale oorsprong en deels van internationale oorsprong zijn, en naast geschreven ook ongeschreven recht en staatkundige praktijk omvatten. Uiteraard zijn dit ook fundamentele normen die de wetgever respectievelijk de regering in acht heeft te nemen bij het verrichten van zijn dan wel haar eigen constitutionele zorgplicht bij het tot stand brengen van wetten en algemene maatregelen van bestuur.

De door haar te verrichten constitutionele toetsing vat de Afdeling derhalve op als een toetsing aan het omvangrijke complex van de hiervoor genoemde geschreven en ongeschreven constitutionele normen en staatkundige praktijk. Deze toetsing in het kader van de wetgevingsadvisering verschilt wezenlijk van de rechterlijke toetsing aan constitutionele normen: zij is abstract, niet rechtens bindend, aan de hand van een ruimer beoordelingskader, en vindt plaats in andere verhoudingen. De Afdeling beoordeelt een aan haar voorgelegd wetsvoorstel of ontwerp van een algemene maatregel van bestuur vooraf en in abstracto, bij wege van een niet-bindend advies (in zoverre is de term ‘toetsing’ oneigenlijk<sup>15</sup>), terwijl de rechter bindend toetst in een concreet aan hem voorgelegd geval.<sup>16</sup> Het beoordelingskader van de Afdeling – we beperken ons hier tot voorstellen van wet – is beduidend ruimer: zij is anders dan de rechter niet gebonden aan het uit artikel 120 Gw voortvloeiende verbod op toetsing van formele wetgeving aan Grondwet, Statuut en ongeschreven recht, noch is het haar ontzegd om deze aan *niet* eenieder verbindende verdragsbepalingen (in het bijzonder de sociale mensenrechtenbepalin-

15 Aldus onder meer weergaven van discussies tijdens de twee symposia over de rol en betekenis van de Grondwet die de Raad organiseerde in 2007 (H.J.Th.M. van Roosmalen, ‘Constitutionele toetsing aan grondrechten in het wetgevingstraject’, in: J.C.A. de Poorter & H.J.Th.M. van Roosmalen, *Rol en betekenis van de Grondwet. Constitutionele toetsing in relatie tot de Raad van State* (Studies en rapporten 2), Den Haag: Raad van State 2010, p. 55) en 2010 (Verslag 2010, p. 35-36).

16 De Poorter & Van Roosmalen 2010, p. 135-138.

gen) te toetsen. Ten slotte staat de Afdeling in een andere relatie ten opzichte van wetgever en regering dan de onafhankelijke rechter, die uit hoofde van de machtscheiding veelal een zekere terughoudendheid moet betrachten. De Afdeling maakt immers onderdeel uit van het wetgevingsproces, waardoor haar constitutionele toetsing ook een staatkundige component heeft.<sup>17</sup> Dat kan enerzijds leiden tot een indringender en vergaander juridische toetsing (de Afdeling staat minder op afstand dan de rechter), terwijl ook andere dan zuiver juridische aspecten (beleidsanalytische, staatkundige en dergelijke) meegewogen worden. Anderzijds kan die positie ook leiden tot een (andere dan rechterlijke) vorm van terughoudendheid, vanuit de wetenschap dat de Afdeling advisering slechts een *voorlopig* oordeel is dat ziet op toekomstig recht, hetgeen niet uitsluit dat vervolgens in het antwoord daarop van de regering, dan wel in de verdere loop van het wetgevingsproces een andere of nadere argumentatie gegeven wordt waarom het betreffende voorstel – toch – door de constitutionele beugel kan. Constitutionele toetsing in het kader van de wetsadvisering door de Afdeling verschilt derhalve wezenlijk van constitutionele rechterlijke toetsing. Dat blijft ook het geval als ooit het toetsingsverbod van artikel 120 Gw geheel of gedeeltelijk zou komen te vervallen. Wetsadvisering en rechterlijke toetsing ter zake hebben derhalve elk hun eigen betekenis en invalshoek, en vormen voor elkaar aanvullende waarborgen. Gelet op de eigenstandigheid van de Afdeling advisering, gezien het niet-bindende karakter van de adviezen en gegeven de verantwoordelijkheid die de afnemers van die adviezen (wetgever en regering) hebben voor de verenigbaarheid van wetten en algemene maatregelen van bestuur met de constitutie,<sup>18</sup> dient deze advisering van hoge kwaliteit te zijn. In het navolgende wordt aangestipt waarom en hoe binnen de Raad van State gepoogd wordt de constitutionele toetsing door de Afdeling advisering te versterken.

### 3. Overwegingen tot versterking van de constitutionele toetsing door de Afdeling advisering

Gelet op de betekenis van de constitutie in brede zin voor de beide taken van de Raad, advisering en bestuursrechtspraak, ligt verdere versterking van de kennis van dit constitutioneel fundament voor de hand, aldus de Raad in het jaarverslag over 2009, die daarin een bijkomend viertal specifieke overwegingen noemt.<sup>19</sup> Een eerste overweging vormt de mogelijkheid van invoering van grondwettelijke toetsing door de rechter. In 2009 kwam de eerste lezing van de initiatiefwet-

17 H.D. Tjeenk Willink, 'De Raad van State in perspectief', in: H.D. Tjeenk Willink, *Niet de beperking, maar de ruimte*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 425-435, p. 428. Aldus ook W. Konijnenbelt, 'Grondwetsinterpretatie door de Raad van State: wetgevingsadvisering en grondwetsbepalingen in de Grondwet', in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten* (Staatsrechtconferentie 2007), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 65 ten aanzien van grondwettigheidstoetsing.

18 Gegeven art. 120 Gw is de formele wetgever de doorslaggevende uitlegger van de Grondwet; daarbij dient hij mede gezien zijn trouw aan de Grondwet (art. 32, 49 en 60 Gw) grote zorgvuldigheid te betrachten. Die zorgvuldigheidseis straalt af op de Afdeling advisering.

19 *Jaarverslag 2009*, Den Haag: Raad van State 2010, p. 54.

Halsema tot wijziging van artikel 120 Gw tot stand.<sup>20</sup> Zou die wijziging worden gerealiseerd, dan zou dat met zich brengen dat nog scherper wordt gekeken naar de adviezen van de Afdeling advisering op het gebied van de grondwettelijke toetsing. Bovendien zou de Afdeling bestuursrechtspraak grondwettelijke toetsing in concreto moeten verrichten en daarbij als hoogste algemene bestuursrechter richting moeten wijzen.

Een tweede overweging tot versterking schuilt in het vraagstuk van de legitimiteit van wetgeving. De vooronderstelling die aan wetgeving ten grondslag ligt, is dat de maatschappelijke werkelijkheid en haar gewenste ontwikkeling op voorhand in algemene regels kunnen worden gevat. Dat gaat echter lang niet (altijd) meer op. Door de toenemende pluriformiteit van de samenleving is er steeds minder sprake van gemeenschappelijke achtergronden, algemeen aanvaarde opvattingen en gelijkgerichte belangen. In een dergelijke situatie is helderheid over de grondslagen van de constitutie en over de eisen die de rechtsstaat stelt, een eerste vereiste voor een ordelijke en vreedzame samenleving.

Een derde overweging is dat het constitutionele speelveld gecompliceerder is geworden door het feit dat de Nederlandse constitutionele rechtsorde in verregaande mate vervlochten is met – en bepaald wordt door – andere constitutionele ordes, zoals die van het Koninkrijk, de Europese Unie en internationale organisaties waarvan Nederland lid is.<sup>21</sup>

Als vierde en laatste overweging verwijzen we naar eigen intern onderzoek, waarin er onder meer op gewezen wordt dat de Afdeling tot voor kort in haar adviezen over ‘grondwetskwesties’ die in de wetsvoorstellen voorkwamen, soms zonder kenbare redenen naliel daarover opmerkingen te maken, dat de opmerkingen die zij wel maakte soms niet afdoende waren en dat de motivering die zij gaf soms nogal beknopt was.<sup>22</sup> Wij merken daarnaast op dat uit extern onderzoek van de Universiteit Maastricht uit 2005 naar de wetgevingsadvisering van de Raad van State naar voren is gekomen dat toetsing op verenigbaarheid met hoger recht weliswaar een veelvoorkomend en duidelijk te onderscheiden kernelement in die advisering vormt, maar dat de Raad in de onderzochte periode niet altijd een duidelijk bevestigend of ontkennend antwoord gaf op de vraag naar die verenigbaarheid.<sup>23</sup> De adviezen waren (te) vaak in vragende zin geformuleerd. De onderzoekers veronderstelden dat de regering eerder geneigd is vast te houden aan het eigen standpunt indien de Raad niet tot strijdigheid met hoger recht concludeert, maar (enkel) met juridische argumenten een wijziging of zelfs een heroverweging van het voorstel bepleit, dan in het geval de Raad wel tot het oordeel van (harde) onverenigbaarheid met hoger recht komt.<sup>24</sup>

20 Wet van 25 februari 2009, *Stb.* 2009, 120.

21 Vgl. ook *Jaarverslag 2010*, Den Haag: Raad van State 2011, p. 47: juist in een land als Nederland, dat geen constitutioneel hof kent, is het van groot belang dat de Raad van State de functie vervult van kennisinstituut op dit belangrijke en gecompliceerde terrein.

22 Dit onderzoek is afgerond in 2008, en twee jaar later gepubliceerd (zie Van Roosmalen 2010).

23 J.L.W. Broeksteeg, E.M.J. Hardy, S. Klosse, M.G.W.M. Peeters & L.F.M. Verhey, *Zicht op wetgevingskwaliteit. Een onderzoek naar de wetgevingsadvisering van de Raad van State*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 514.

24 Broeksteeg e.a. 2005, p. 516.

Anno 2012 kunnen we stellen dat de genoemde overwegingen tot versterking van de constitutionele toetsing nog steeds valide en voor het grootste deel ook actueel zijn. Weliswaar is het erg rustig rond het wetsvoorstel-Halsema tot wijziging van artikel 120 Gw, maar de pluriformiteit van de samenleving, de onderlinge verbondenheid van constitutionele rechtsorden en de uitdagingen die beide met zich brengen voor de toetsing door de Afdeling zijn onverminderd actueel.<sup>25</sup> We gaan in de volgende paragraaf in op enige initiatieven binnen de Raad die beogen ter zake een nadere versterking te realiseren.

#### 4. Versterking van de constitutionele toetsing door de Afdeling advisering

Thans gaan we in op de ontwikkelingen die zoal in gang zijn gezet om te bewerkstelligen dat de Afdeling advisering datgene wat zij in termen van constitutionele toetsing doet, nog beter kan doen.

##### 4.1 *Verdiepen; interne en externe studies*

Het vergroten van de kennis over de constitutie, als opmaat voor verdere versterking van constitutionele toetsing door de Afdeling, vraagt onder meer om structurele verdieping van die kennis. Met het oog daarop heeft de Raad in de achterliggende jaren (interne) studies uit laten voeren naar de rol en betekenis van de Grondwet, in het bijzonder naar de beoordeling van wetsvoorstellen in het licht van de Grondwet. Deze studies bevatten ook gegevens over constitutionele toetsing die verder reiken dan de advisering door de Raad: zo wordt ook aan de interpretatie door andere actoren in het wetgevingstraject aandacht besteed.<sup>26</sup> Uit die onderzoeken blijkt dat constitutionele toetsing (in de zin van: toetsing aan de Grondwet) in het wetgevingstraject de optelsom is van de inbreng van alle actoren tezamen. Ook geldt dat de kwaliteit van constitutionele toetsing in het wetgevingstraject de optelsom is van de kwaliteit van alle actoren samen, inclusief hun interactie.

De 'Grondwet'-studies, met als oogmerk versterking van constitutionele kennis en als opstap voor het bieden van handvatten voor de (advies)praktijk, staan niet op zichzelf. Zo is er ook (intern) in kaart gebracht hoe in de achterliggende jaren is geadviseerd met betrekking tot het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.<sup>27</sup> Daarnaast is (extern) onderzoek verricht naar het begrip 'rechtsstaat' in de jurisprudentie en jurisprudentie van de Raad van State.<sup>28</sup> Voermans, Gerards, Van Emmerik en Ten Napel hebben in opdracht van de Raad van State een onderzoeksproject uitgevoerd dat heeft geleid tot het opstellen van taxono-

25 Daar zijn bovendien nog andere fundamentele vraagstukken bij gekomen: we wijzen op de inwerkingtreding van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en op de financieel-economische crisis en daaruit voortvloeiende rechtsvragen, die we in par. 5 aanstippen.

26 Van Roosmalen 2010, p. 57-68 en De Poorter & Van Roosmalen 2010, p. 114-127.

27 Zie Raad van State, *Jaarverslag 2011*, <[www.raadvanstate.nl/publicaties/jaarverslag](http://www.raadvanstate.nl/publicaties/jaarverslag)>.

28 W.J.M. Voermans & J.H. Gerards (m.m.v. M.L. van Emmerik & H.-M.Th.D. ten Napel), *Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip 'rechtsstaat' in de jurisprudentie en jurisprudentie van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2011.



mieën (begrippen-‘bomen’ en -‘vertakkingen’), aan de hand waarvan kan worden afgeleid op welke manier en in welke abstractiegraad de Raad van State zich in zijn wetgevingsadviezen en uitspraken baseert op en verwijst naar rechtsstatelijke noties en begrippen. Naar aanleiding van hun legisprudentieanalyse stellen de onderzoekers dat rechtsstatelijke noties in de door hen onderzochte adviezen op verschillende wijzen worden verwoord en dat in de adviezen veelal geen herleiding plaatsvindt tot grondideeën of beginselen van de noties van rechtsstaat of ‘rule of law’. Zij menen dat de adviezen op dit punt veelal impliciet en niet erg systematisch zijn, en concluderen:

‘Zou de Raad meer expliciteren en systematiseren, dan zou daar een mogelijke winst in kunnen schuilen vanuit een perspectief van consistentie, zichtbaarheid en duidelijkheid. Daardoor zou bij anderen dan de Raad een beter begrip kunnen ontstaan voor de wijze waarop de Raad rechtsstatelijke normen vindt en toepast. Voor de Raad zelf zou een dergelijke explicitering en systematisering houvast kunnen bieden bij de advisering.’<sup>29</sup>

Ook hier zien we beperkingen wat betreft structurele systematisering en explicitering, die we al eerder tegenkwamen bij de hiervoor genoemde Maastrichtse studie uit 2005 en de (interne) ‘Grondwet’-studies.

#### 4.2 Waaieren/interpreteren

Een tweede ontwikkeling vormt de aanvaarding van de ‘waaier’-werkwijze, die voortvloeit uit de eerste (interne) ‘Grondwet’-studie. Waar het gaat om versterking van de advisering door de Raad, verdient het aanbeveling onderscheid te maken tussen het proces van interpretatie, het verbinden van gevolgen aan die interpretatie en het zichtbaar maken van die interpretatie. De waaier heeft met name betekenis voor die eerste fase. De waaier bevat een aantal methoden die de Raad aanwendt bij de uitleg van de Grondwet, waaronder de taalkundige/grammaticale, wets- en rechtshistorische, systematische, teleologische, dynamische, verdragsconforme en fundamentele-waardemethode.<sup>30</sup> Deze werkwijze is in 2008 vastgesteld met het oog op de uitleg van grondrechten uit hoofdstuk I van de Grondwet, maar blijkt ook geschikt te zijn voor de interpretatie van de institutionele grondwetsbepalingen<sup>31</sup> en het Statuut.<sup>32</sup> Vanzelfsprekend wordt deze aan-

29 Voermans & Gerards 2011, p. 49.

30 Zie verder Van Roosmalen 2010, p. 19.

31 De Poorter & Van Roosmalen 2010, p. 127. Zie voor een voorbeeld *Kamerstukken II* 2009/10, 32 221, nr. 4, inzake rechtstreekse vergoedingen aan politieke ambtsdragers. Aan de hand van grammaticale, wets- en rechtshistorische interpretaties van art. 63 Gw (‘Geldelijke voorzieningen ten behoeve van leden en gewezen leden van de Staten-Generaal en van hun nabestaanden worden bij de wet geregeld. De kamers kunnen een voorstel van wet ter zake alleen aannemen met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen’) wordt geconcludeerd dat deze grondwetsbepaling van toepassing is op het voorliggende wetsvoorstel, nu het tegengaan van de overdracht van de betreffende vergoedingen de geldelijke voorzieningen als bedoeld in genoemde grondwetsbepaling raakt, en derhalve vereist dat het betreffende wetsvoorstel met twee derde van het aantal uitgebrachte stemmen wordt aanvaard.

32 *Jaarverslag* 2010, p. 52.



pak niet te abstract vanuit de Grondwet of het Statuut opgezet, opdat de wisselwerking met de te toetsen wet of algemene maatregel van bestuur niet uit het zicht raakt. Het object van toetsing vormt immers het startpunt bij het uitklappen van de waaier.

De waaier kwam onder meer op het symposium in 2010 over de rol en betekenis van de Grondwet ter sprake. Schutte noemde de keuze uit een waaier van interpretatiemethoden en de mogelijkheid van (verborgen) verschillen van inzicht binnen de Raad welke keuze te maken opvallend. Volgens hem had dat minder te maken met respect voor de wetgever en wellicht meer met afscherming van eigen kwetsbaarheid. Het zou zijns inziens de waarde van constitutionele toetsing vergroten wanneer de Afdeling (destijds nog: de Raad) motiveert waarom bepaalde methoden wel of juist niet zijn gehanteerd, dan wel aangeeft welke afwegingen hier gemaakt zouden kunnen worden.<sup>33</sup> Ook Dölle merkte op dat aan de ambachtslieden zelf wordt overgelaten wanneer in de werkplaats van de Afdeling (destijds nog: de Raad) welk instrument van het schap wordt gehaald: er is geen hiërarchie of voorkeursvolgorde.<sup>34</sup> Dit scheen hem niet onoverkomelijk toe:

‘Deze pragmatische casuïstische werkwijze roept op het eerste gezicht niet zo veel vragen op. Hij past ook goed bij het dominante pragmatisch historisch dogmatische karakter van de grondwetsuitleg in ons land dat een semantisch ingetogen en ideologiearme grondwet kent zonder vermelding van preambulaire of andere waarden. Een land waarin historisch grote groepen verschillend dachten over grondslag en doel van overheidsgezag. De Raad van State is bovendien geen finale interpreter; dat is de wetgever.’

Ongetwijfeld vragen de lezers van *RegelMaat* zich af waarom een dergelijke ‘waaier’-werkwijze überhaupt wordt genoemd, en waarom deze als aanbevolen werkwijze zou moeten worden ‘vastgesteld’. Is het immers niet klip en klaar dat juridische en *a fortiori* (vage, symbolische, politiek omstreden, oude, enzovoort) constitutionele bepalingen nadere interpretatie behoeven, en dat men er daarbij goed aan doet om een zo breed mogelijk palet van interpretaties in kaart te brengen? Is dat niet een vanzelfsprekend uitgangspunt, dat ook een eerstejaars rechtenstudent zal beamen?

Wij zijn de laatsten die zouden willen ontkennen dat een uitleg van constitutionele teksten vanuit verschillende gezichtspunten en op basis van verschillende interpretatiemethoden vanzelfsprekend is en aanbeveling verdient.<sup>35</sup> Bedacht dient evenwel te worden dat het weliswaar eenvoudig is om in abstracto een dergelijke ‘brede’ benadering aan te raden, maar dat dat niet geldt voor de feitelijke toepassing in concreto. Het hanteren van de waaier leidt tot extra veel discussies bij de voorbereiding en vaststelling van het advies en levert nogal eens verschil-

33 G.J. Schutte, ‘Op weg naar een volwaardige constitutionele toetsing’, in: *Verslag 2010*, p. 26.

34 A.F.M. Dölle, ‘Enkele kanttekeningen’, in: *Verslag 2010*, p. 31.

35 De in de waaier genoemde interpretatiemethoden verschillen dan ook niet van de traditionele interpretatiemethoden van de rechter.

lende uitkomsten.<sup>36</sup> De Afdeling advisering, met rond twintig leden, stuit daarbij op de wenselijkheid om tot een eenduidige uitleg en een eensluidend dictum te komen.<sup>37</sup> Uiteindelijk zal er een keuze moeten worden gemaakt.<sup>38</sup> Het is derhalve zinvol dat in weerwil van deze beperkingen niettemin de intentie uitgesproken is dat de waaier gehanteerd wordt. Waaieren stimuleert de rapporteur (de eerst-verantwoordelijke staatsraad) en de jurist die het eerste concept van een advies voorbereiden; vervolgens helpt het uitgekapt zijn van de waaier (in eerste instantie) de sectie en (vervolgens) de Afdeling. Wie de waaier van interpretatiemethoden 'uitkapt', kan er argumenten van velerlei aard in kwijt – en de kans dat een van de uitkomsten van die methoden onverhoeds verloren is in het daaropvolgende proces van wikken en wegen wordt aanzienlijk verkleind. Het uitklappen van de waaier helpt de Afdeling om een brede afweging te maken over de vraag of zij al dan niet een opmerking zal maken over de verenigbaarheid van een wetsvoorstel met de constitutie,<sup>39</sup> en verplicht haar de uitleg en beoordeling van een wetsvoorstel in het licht van de constitutie zo goed mogelijk te motiveren.<sup>40</sup> Kortom: het zet aan tot grondig onderzoek en tot zelfkritische reflectie.

#### 4.3 *Verdragsconforme grondwetsuitleg en rechtsvergelijking*

Daarnaast stellen we vast dat aanvaarding van de waaiermethode tot meer kan leiden dan enkel het nalopen van de meer traditionele interpretatiewijzen. Zij heeft er onder meer toe geleid dat verdragsconforme grondwetsuitleg en constitutionele rechtsvergelijking aan belang hebben gewonnen.

De catalogus van de klassieke vrijheidsrechten in de Nederlandse Grondwet biedt weinig vaste garanties. Dat is niet alleen zo vanwege het toetsingsverbod (art. 120 Gw). Dat komt ook doordat de meeste grondrechtenbepalingen naar de letter aan

36 Zie bijvoorbeeld het advies van de Afdeling in *Kamerstukken II* 2011/12, 32 007, nr. 18, inzake twee amendementen betreffende het initiatiefvoorstel tot wijziging van de Wet op het onderwijs-toezicht inzake de aanscherping van het toezicht bij nieuw bekostigde scholen. De Afdeling put in haar advies uit de geschiedenis van de grondwetsherziening 1848, de Lager-onderwijs wetten van 1857, 1878, 1889 en 1920, alsmede de grondwetsherziening 1917.

37 Art. 27b lid 2 Wet RvS biedt de mogelijkheid om ten aanzien van een wetgevingsadvies een 'dissenting opinion' uit te brengen. Dat is natuurlijk een schone zaak, maar bedacht dient te worden dat een dissenting opinion per definitie de overtuigingskracht van het meerderheidsadvies ontkracht. Het uitbrengen van een dissenting opinion is (sinds 1980, het jaar waarin adviezen openbaar werden) dan ook slechts zes keer voorgekomen.

38 De waaier geeft geen hiërarchie van (voorrangs)principes voor interpretatiemethoden.

39 Redenen om een adviesopmerking te maken zijn: het vooruitlopen op toetsing door de rechter (anticipatie), om de wetgever wakker te schudden (articulatie), om een ontwikkeling in de maatschappij te accentueren (wijzen op transformatie) of om te bevorderen dat de indiener meer duidelijkheid verschaft over de verhouding van een wetsvoorstel tot een grondrechtenbepaling (transparantie). Geen adviesopmerking wijdt de Afdeling aan de constitutie, indien zij zich daarvan bewust wil onthouden (abstinentie), zij het maken van een adviesopmerking wil voorbehouden aan ernstige situaties waarin ondubbelzinnig vaststaat dat een wetsvoorstel onverenigbaar is met een grondrecht (articulatie), zij het eens is met de indiener van het voorstel (instemming), zij het punt niet heeft gezien (omissie) of het niet nodig heeft gevonden 'iets' met de Grondwet te doen omdat verdragsbepalingen meer houvast bieden (translatie). Zie Van Roosmalen 2010, p. 41-51.

40 Van Roosmalen 2010, p. 55-56.

de formele wetgever ‘carte blanche’ geven. Naar die letter is bijvoorbeeld elke formeel-wettelijke beperking van de vrijheid van godsdienst (art. 6 lid 1 Gw), de vrijheid van meningsuiting (mits bij wege van repressieve wetgeving, art. 7 Gw) en de vrijheid van vergadering en betoging (art. 9 lid 1 Gw) grondwettig, enkel omdat deze door de wetgever gesteld is. Ten aanzien van de meeste grondrechten geldt zelfs dat zij door lagere regelgevers beperkt kunnen worden, mits daarbij binnen de betreffende grondwettelijke delegatiemarges gebleven wordt. De vraag is of een dergelijke – op de formele bevoegdheid van de wetgever geconcentreerde – beperkingssystematiek in het kader van de wetgevingsadvisering onverkort gevolgd moet worden. Is grondwettigheid van een beperking op de vrijheid van godsdienst, meningsuiting, vergadering/betoging enzovoort per definitie gegeven wanneer deze door de wetgever geformuleerd wordt? Dat spoort niet met de vooronderstelling van de grondwetgever, dat de formele wetgever bij het stellen van die beperkingen maatstaven van proportionaliteit, subsidiariteit en eerbiediging van de kern van het grondrecht in acht neemt.<sup>41</sup> Om deze lacune, voortvloeiend uit een zuiver formele lezing van de grondwettelijke beperkingsclausules, te dichten is de Raad van State herhaaldelijk overgegaan tot een verdragsconforme grondwetsuitleg, die erop neerkomt dat in die beperkingsclausules met het EVRM vergelijkbare materiële maatstaven in termen van proportionaliteit en dergelijke ‘ingelesen’ worden.<sup>42</sup> Hij wordt daartoe overigens geïnspireerd door het Belgische Grondwettelijk Hof, dat reeds lang de maatstaven neergelegd in de EVRM-clausuleringen ‘analoog inleest’ in de nationale Grondwet. Het Grondwettelijk Hof overweegt in dat verband veelal:

‘Wanneer een verdragsbepaling die België bindt, een draagwijdte heeft die analoog is aan die van een van de grondwetsbepalingen waarvan de toetsing tot de bevoegdheid van het Hof behoort en waarvan de schending wordt aangevoerd, vormen de waarborgen vervat in die verdragsbepaling een onlosmakelijk geheel met de waarborgen die in de betrokken grondwetsbepalingen zijn opgenomen. Daaruit volgt dat het Hof, bij de toetsing aan de voormelde grondwetsbepalingen, rekening houdt met internationaalrechtelijke bepalingen die analoge rechten of vrijheden waarborgen.’<sup>43</sup>

Naast aanzetten tot verdragsconforme grondwetsinterpretatie is er in het kader van de advisering in grondwetskwesties de afgelopen tijd ook aandacht gegeven aan vergelijkbare rechtsontwikkelingen in de ons omringende landen. Zo kan het

41 Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 31 571, nr. 4, p. 3-4 (verbod op onbedwelmd ritueel slachten). Zie *Kamerstukken II* 1976/77, 13 872, nr. 7, p. 33, waar de regering opmerkte: ‘In het algemeen mag in geen enkele beperkingsbevoegdheid de bevoegdheid worden gelezen het grondrecht illusoir te maken.’ Zie ook *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 16 e.v.

42 Aldus *Kamerstukken II* 2009/10, 31 571, nr. 4, p. 3-4 (verbod op onbedwelmd ritueel slachten); *Kamerstukken II* 2010/11, 32 711, nr. 4, p. 3-5 (wijziging van de Wet op de orgaandonatie); *Kamerstukken II* 2011/12, 33 165, nr. 4, p. 5-6 (verbod op gelaatsbedekkende kleding).

43 Arrest nr. 136/2004 van 22 juli 2004 (in vergelijkbare bewoordingen). Zie o.m. arrest nr. 61/2008 van 10 april 2008, arrest nr. 17/2009 van 12 februari 2009 en arrest nr. 195/2009 van 3 december 2009.

zinvol zijn om te bezien hoe een begrip als (de vrijheid van) godsdienst elders uitgelegd wordt.<sup>44</sup> Een inventarisatie van taalbepalingen in andere grondwetten biedt een beeld van wat in Europese constituties gangbaar is, en kan een kader bieden voor beoordeling van een Nederlandse taalbepaling.<sup>45</sup> En bij het uitleggen van een complexe non-discriminatiebepaling in een EU-richtlijn die medebepalend is voor de toelaatbaarheid van de in de Algemene wet gelijke behandeling neergelegde grondrechtenbalans ligt het voor de hand te bezien hoe andere lidstaten die richtlijnbeepaling hebben geïmplementeerd.<sup>46</sup> Aangetekend zij dat dergelijke rechtsvergelijkende exercities tijdrovend kunnen zijn en specifieke expertise eisen.

#### 4.4 Preadvisering

Qua werkwijze onderscheidt de voorbereiding van een advies over een wetsvoorstel of ontwerpbesluit dat constitutionele vragen oproept zich niet van de voorbereiding van andere adviezen.<sup>47</sup> Wel wordt sinds enige jaren in sommige van die zaken besloten gebruik te maken van de diensten van een interne commissie voor constitutionele vraagstukken, het Constitutioneel Beraad. In 2009 heeft de vicepresident deze interne commissie ingesteld, die op verzoek van de beide Afdelingen van de Raad van State kan (pre)adviseren over algemene constitutionele vraagstukken. Daarnaast kan deze commissie de vicepresident als voorzitter van de Afdeling advisering en de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak op verzoek adviseren over constitutionele vraagstukken die relevant zijn voor respectievelijk de overkoepelende taken van de Raad en de primaire processen van advisering en rechtspraak, of verdiepende studies (laten) verrichten.<sup>48</sup>

Met de instelling van het Constitutioneel Beraad is beoogd het gemeenschappelijke fundament van de Raad en zijn beide hoofdfuncties te versterken door de constitutionele vragen die opkomen duidelijk in kaart te brengen en te bevorderen dat deze goed gemotiveerd en consistent worden beantwoord.<sup>49</sup> Een preadvies met betrekking tot constitutionele vraagstukken die bij de advisering aan de orde zijn, wordt gegeven op aanvraag van de Afdeling advisering. Met de preadviesering wordt een bijdrage geleverd aan een heldere omschrijving van het constitutionele vraagstuk, een volledige en inzichtelijke argumentatie bij de behandeling en beantwoording ervan en de consistentie in aanpak en afdoening. De Afdeling bepaalt uiteraard zelf of en in welke mate zij gebruik maakt van het preadvies.<sup>50</sup> De preadviezen maken deel uit van de interne voorbereiding van de advisering en

44 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 571, nr. 4, p. 2 (Bundesverfassungsgericht) en p. 4 (Belgische Raad van State).

45 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 522, nr. 4, p. 13-32.

46 *Kamerstukken II* 2009/10, 28 481, nr. 7, p. 24-30.

47 Zie voor een beschrijving van de gebruikelijke gang van zaken bijv. Van Gestel & Vranken 2008, p. 16-17.

48 Zo zijn de in par. 4.1 genoemde onderzoeken begeleid door of vanuit het Constitutioneel Beraad.

49 *Jaarverslag 2010*, p. 47.

50 *Jaarverslag 2010*, p. 50.

worden dan ook niet gepubliceerd: het is de Afdeling die naar buiten toe spreekt, bij monde van haar adviezen.<sup>51</sup>

Naast het Constitutioneel Beraad dient ook de Commissie Recht van de Europese Unie te worden genoemd. In het bijzonder waar het gaat om de reikwijdte van het EU-Handvest, maar ook bij andere EU-kwesties van constitutionele aard maakt het Constitutioneel Beraad bij zijn preadvisering structureel gebruik van de inzichten van deze commissie, hetgeen overigens vergemakkelijkt wordt door enkele personele unies.

## 5. Constitutionele thema's

De staat moet veel: orde en veiligheid handhaven, infrastructuur tot stand brengen, een minimum aan bestaanszekerheid waarborgen, het Nederlandse belang en Europese idealen in de Unie behartigen, enzovoort. Daartoe dient hij te beschikken over een ruime beleids- en beoordelingsmarge. Tegelijkertijd moet hij bij het gebruik maken van deze marge blijven binnen de randvoorwaarden van fundamentele normen. Het is binnen dit spanningsveld waarin veel van de constitutionele kwesties waarover de Afdeling heeft te adviseren, opkomen. We stippen er enkele aan.

Soms komt dat spanningsveld naar voren in de vorm van ogenschijnlijk louter juridisch-technische kwesties. Te denken valt aan vragen naar de reikwijdte van het EU-recht en de daaraan gekoppelde werkingssfeer van het EU-Handvest, en daarmee verbonden vraagstukken van harmonisatie van de uitleg van Handvestbepalingen en equivalente bepalingen in het EVRM. Een dergelijke geharmoniseerde uitleg kan een inperking van de nationale beleidsruimte met zich brengen buiten de werkingssfeer van het Handvest (art. 51 en 52 lid 3 EU-Handvest).

Ook institutionele vraagstukken blijven de aandacht vragen. De Afdeling zal zich meer structureel moeten bezinnen op de vraag wat het in het democratiebeginsel gewortelde primaat van de formele wetgever inhoudt,<sup>52</sup> en in welke mate daaruit begrenzingen aan de mogelijkheid van delegatie (vaak ingegeven door overwegingen van efficiency en flexibiliteit) voortvloeien.

Daarnaast zal het geschetste spanningsveld prominent naar voren komen bij de ingrijpende (spoed)maatregelen en bezuinigingen die samenhangen met de financieel-economische crisis. Enerzijds zal de overheid (wetgever, bestuur, toezichthouders) ter zake een aanzienlijke speelruimte moeten worden gegund. Anderzijds zullen vereisten van democratische controle, rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, bescherming van het eigendomsrecht (het door het Europees Hof voor

51 In de jaarverslagen 2010 en 2011 wordt inhoudelijk ingegaan op rechtsvergelijkende verkenningen die zijn verricht.

52 Aldus ook het rapport (in opdracht van de Raad van State) van R.A.J. van Gestel & A. Vleugel, *Herijking van het primaat van de wetgever: de betekenis van kaderwetgeving en delegatie*, Universiteit Tilburg 2011.

de Rechten van de Mens ruim uitgelegde art. 1 Eerste Protocol EVRM) en intergenerationele solidariteit<sup>53</sup> in acht moeten worden genomen.

Ten slotte wijzen we op de noodzaak om steeds in het kader van wetgeving een adequate grondrechtenbalans te vinden, waarbij in onze pluriforme samenleving enerzijds recht gedaan wordt aan vrijheidsrechten waarop (ook en met name) minderheden een beroep kunnen doen, en anderzijds gelijkheidsnormen/discriminatieverboden, die veelal eveneens door minderheden ingeroepen kunnen worden. Zo worden in discussies over de problematiek rond de gewetensbezwaarde trouwambtenaar argumenten, ontleend aan het discriminatieverbod, aangevoerd door zowel gewetensbezwaarde trouwambtenaren (verboden onderscheid op grond van godsdienst) als paren van gelijk geslacht die in het huwelijk willen treden (verboden onderscheid naar seksuele gerichtheid).

Het zijn moeilijke, maar ook interessante tijden. De wetgever en de regering staat veel te wachten en te doen; en daarmee ook de Afdeling advisering, onder meer op het punt van constitutionele toetsing. De afgelopen jaren heeft de Afdeling aanzetten gedaan tot een structurele aanpak bij deze toetsing. Van haar mag worden verwacht dat zij deze aanpak de komende tijd verder uit zal diepen om bij haar constitutionele toetsing van wetsvoorstellen en ontwerp-algemene maatregelen van bestuur op coherente wijze tot een evenwichtige en systematische beoordeling te komen, met een open oog voor het hier geschetste spanningsveld.

53 Zie het advies van 18 november 2009 (voorstel van wet houdende wijziging van de Algemene Ouderdomswet, de Wet inkomstenbelasting 2001 en de Wet op de loonbelasting 1964 in verband met verhoging van de leeftijd waarop recht op ouderdomspensioen ontstaat), *Kamerstukken II* 2009/10, 32 247, nr. 4 en het advies van 14 september 2011 (Wet verhoging pensioenleeftijd, extra verhoging AOW en flexibilisering ingangsdatum AOW), *Kamerstukken II* 2011/12, 33 046, nr. 4. Hierbij staat overigens nog niet vast dat het ook gaat om een juridische eis. Dat is echter wel het geval wanneer die solidariteit wordt geplaatst in de sleutel van de gelijke behandeling van ouderen en jongeren.